

Retsudvalget (2. samling)
REU alm. del - Bilag 250
Offentligt

Folketinget – Retsudvalget
Christiansborg, den 25. maj 2005

Til

udvalgets medlemmer og stedfortrædere.

**Ad ekspertmødet 24/5-05 om evt. grundlovsproblemer i forhold til
kommunalreformen**

Vedlagt Henrik Zahles og Jens Peter Christensens talepapir til ekspertmødet.

Der henvises om mødet til Retsudvalgets alm. del – bilag 196 og 226.

Der vil blive udarbejdet et referat fra mødet.

Med venlig hilsen
Jørgen Nielsen,
udvalgssekretær.

Kommunernes ret til selvstyre¹

Af Henrik Zahle²

Er den regionale struktur i strid med reglen i grundlovens § 82, hvorefter "Kommunernes ret til under statens tilsyn selvstændigt at styre deres anliggender ordnes ved lov"?

Besvarelsen af dette spørgsmål kræver en nærmere fortolkning af bestemmelsen. Ved denne nærmere fortolkning skal jeg særlig sigte mod en belysning af de punkter, hvor der har været tale om at der kunne bestå en konflikt, og det drejer sig om følgende punkter:

- Indebærer retten til selvstyre som hjemlet i § 82 en ret til skatteudskrivning?
- Stiller grundlovens § 82 krav om at der skal være et kommunalt selvstyre i to niveauer?
- Kan den såkaldte kommunalfuldmagt reguleres eller ophæves ved lov?

Pligt til selvstyre

Først lidt om bestemmelsens almindelige opbygning. Bestemmelsen er tydeligvis opbygget som et almindeligt princip, en programlignende erklæring, og det kan have været nærliggende at fortolke den som netop et program, dvs. en angivelse af en opgave for lovgivningsmagten der dermed skulle sørge for at der indførtes et kommunalt selvstyre. Et sådant lovgivningsprogram, kan man da hævde, har slet ingen juridisk betydning. Det er overladt til lovgivningsmagten at virkeliggøre programmet, og andre skal ikke komme og kontrollere, hvordan denne opgave er udført.

Denne forståelse af bestemmelsen er vist ikke udtrykkelig udtalt, men den er dog nok den opfattelse der ligger bag det enkle forhold, at der ikke før i de senere år har været nogen egentlig juridisk interesse for bestemmelsen.³ De fremtrædende fremstillinger af statsforfatningsretten af Matzen og Berlin der stod for den forfatningsretlige tradition som den kom til udtryk i deres lærebøger fra 1880'erne til 1940'erne, omtalte slet ikke bestemmelsen som nogen bindende ramme for den statsforfatningsretlige struktur.⁴

I fremstillingerne fra midten og slutningen af det 20. århundrede udlægges bestemmelsen, hvor den overhovedet udlægges, som en regel der gør indførelse og opretholdelse af et kommunalt selvstyre til en lovgivningsmæssig forpligtelse, samtidig med at man er meget tilbageholden med at angive hvad der nærmere ligger i at der skal være et kommunalt selvstyre.⁵ Der er imidlertid ikke tvivl om, at reglen om at der skal

¹ Grundlag for redegørelse ved møde i Retsudvalget 24. maj 2005.

² Professor, dr.jur. Københavns Universitet.

³ Undtagelsen er Holck, Dansk Statsforfatningsret, 1869 bd. 2 s. 337: "... de kommunale Anliggender skulle bestyres af Kommunerne selv uden positiv Indgriben fra Statens Side ..."

⁴ Matzen, Den danske Statsforfatningsret 1-3, 1. udg. 1881-88, Berlin, Den danske Statsforfatningsret 1-2, 2. udg. 1937-39.

⁵ F.eks. "Det i grundlovens § 82 omhandlede kommunale selvstyre forudsætter ... at visse ikke nærmere bestemte forvaltningsfunktioner henlægges til lokale folkevalgte organer", Max Sørensen, Statsforfatningsret 1973 s. 257. Endnu mere tilbageholdende Rønsholdt i Kommenteret Grundlov 1999 s. 494.

være et kommunalt selvstyre er en retlig forpligtelse, som skal respekteres. Dette udgangspunkt lægger jeg også til grund i det følgende.

Domstolenes prøvelsesret

Man kan overveje om alle disse problemer ikke kan lægges til side, fordi man blot kan spørge efter den tankegang, der er knyttet til spørgsmålet om domstolenes kontrol: Under hvilke betingelser kan det forventes at domstolene vil gribe ind og underkende en lov, fordi den fandtes at være i strid med § 82? Kan vi ikke lægge til grund, at domstolene nok vil være meget tilbageholdende med at gå ind og tilsidesætte lovgivning som grundlovsstridig, og kan vi så ikke – og ”vi” er her lovgivningsmagten, dvs. politikerne (ikke juridiske professorer) – se bort fra al denne jura og bare slå fast, at her er det politikerne der har det sidste ord?

Dette er en vurdering der tidligere har haft bedre grobund end den har i dag. Med Tvind-dommen⁶ fra 1999 har Højesteret markeret, at der er grænser for domstolenes accept af det der i europæisk menneskeret kaldes en ”margin of appreciation”.

Hertil kommer at jeg ikke har set det som opgaven at anvise hvor langt man kan gå før en kontrolmyndighed griber ind. Opgaven er at udlægge grundloven som den gælder også for den politiske beslutningsproces.

Selvstyrets indhold

Lovgivningen skal overlade kommunerne et vist selvstyre, eller som det hedder ”[kommunerne har] ret til ... selvstændigt at styre deres anliggender ...”.

Der tales altså om selvstændighed, og dette forbindes med ”deres”, dvs. kommunernes, anliggender. Er det ikke hermed sagt, at der er nogle historisk eller naturbestemte anliggender der er kommunale, og det er dem som kommunerne skal have selvstændighed over? Forestillinger af denne karakter har formentlig spillet en rolle, da bestemmelsen blev skrevet, dvs. i tiden op til 1849. Men disse forestillinger har ikke været levende i bestemmelsens historie, og de genspejler sig ikke i de opfattelser af bestemmelsen der er fremkommet på det seneste. Gennem mere end 100 års litteratur har der ikke været noget markant udtryk for at bestemte anliggender skulle være kommunale. Det er derfor, efter min opfattelse heller ikke en opfattelse der nu bare kan gen-introduceres og hævdes som den gældende regel.

Det er lovgivningen der til enhver tid udpeger de områder og funktioner hvor det kommunale selvstyre kan udspille sig.⁷ Disse områder må ikke være uden politisk betydning, og de kan derfor ikke begrænses til ukontroversielle detaljer.⁸ Men grundloven siger ikke noget om, ved hvilke emner og i hvilke typer af beføjelser den kommunale selvstændighed skal realiseres.

Beskatningsret

⁶ UfR 1999 841H.

⁷ Poul Andersen, Forvaltningsret 1965 s. 651, Germer, Statsforfatningsret 2001 s. 77, Zahle, Dansk Forfatningsret bd. 2, 2001 s. 46-47, Kommenteret Styrelseslov 2002 s. 7f.

⁸ ”Lovgivningsmagten skal ... efterlade et minimum af opgaver hos kommunerne og kan ikke lade kommunalbestyrelsen styre så intenst, at der ingen selvstændighed bliver tilbage.” Bent Christensen, Forvaltningsret 1997 s. 343.

Det har særligt været hævdet, at kommunernes beskatningsret er så central for den kommunale selvstændighed, at den ikke kan undværes. I en lærebog i Kommunalret udtrykkes det således: "Grundlovens bestemmelse om kommunalt selvstyre indebar navnlig, at der skulle sikres kommunerne en selvstændig budget- og skatteudskrivningsret. Denne ret er stadig kernen i det kommunale selvstyre."⁹ Heraf følger, antager jeg, at ophæver man den kommunale skatteret, forsvinder det kommunale selvstyre, og § 82 krænkes.

Nu må det jo for det første erkendes, at § 82 intet siger om nogen beskatningsret. Så man må finde et andet grundlag for at kræve netop skatteudskrivning.

Det har således været gjort gældende, at beskatningsretten kan støttes på en forfatningsretlig sædvane, dvs. en ulovbestemt retsdannelse, der skal gælde med grundlovs kraft.¹⁰ Hovedargumentet for denne opfattelse er at man i hele grundlovens periode – siden kommunerne fik selvstyre – har haft denne beskatningsret. Det er imidlertid klart, at denne kontinuitet ikke kan være nok til at danne en bindende sædvaneret. Tænk på alle de andre emner hvor man – trods verdens omskiftelighed – har haft den samme regel gennem lang tid : Skulle man der være bundet til at opretholde denne ordning?

Et andet argument er det mere politiske, at kommunal selvstændighed ikke kan lade sig gøre, hvis ikke kommunerne har en finansiel selvstændighed.¹¹ Dette er der vil lidt om. Finansiel selvstændighed er et vigtigt træk, når man vil etablere en selvstændig institution. Men det er ikke nævnt i grundloven, og det kan derfor kun være et blandt flere, f.eks. overladelse til kommunerne af valg af serviceniveau, kvalitativ afgrænsning af de opgaver kommunen vil tage op, osv. Der kan inden for den samme økonomiske ramme disponeres på mange forskellige måder, og den kommunale selvstændighed kan udfolde sig inden for denne ramme. Om det er en god ide at skille beskatningsret og politiske valg fra hinanden, er et andet spørgsmål. Den kommunale selvstændighed viser sig i de politiske beslutninger om de kommunale ydelser i videste forstand. Den viser sig endvidere i det forhold, at kommunen ledes selvstændigt, dvs. ledes af politikere valgt af den lokale befolkning.¹²

I øvrigt kan kommuner og andre institutioner have en finansiel selvstændighed også uden at have en beskatningsret.¹³

Hvis man hævder en grundlovssikret beskatningsret, dukker der vanskelige spørgsmål op, som tilhængerne af denne opfattelse ikke har drøftet. Hvilke beskatningsniveauer skal kommunerne kunne vælge mellem? Hvilken grad af frihed skal der til? Disse

⁹ Jens Garde og Karsten Revsbech, *Kommunalret 2002* s. 3-4. Tilsvarende den tidligere udgave ved Jørgen Mathiassen og Jens Garde 1991 s. 11.

¹⁰ Battrup, *Det kommunale selvstyre*, 1992

¹¹ Om selvstyre og delegation f.eks. Germer, *Statsforfatningsret 2001* s. 85, Zahle, *Dansk Forfatningsret* bd. 1 2001 s. 375-76.

¹² Erik Harder, *Dansk Kommunalforvaltning*, bd. 3, 1994 s. 20. Harder anfører senere, at "Grundtanken i det kommunale selvstyre er at, at kompetence og ansvar følges ad", s. 21. Hermed tænkes, så vidt jeg forstår, på sammenhængen mellem de lokale politikeres kompetence og deres politiske ansvar som det viser sig ved valgene. Spørgsmålet om en beskatningsret omtales ikke i denne forbindelse. Forholdet mellem kompetence og økonomisk ansvar kompliceres af f.eks. regler om byrdefordeling og om borgernes valgfrihed.

¹³ "Set i forhold til den dispositionsfrihed, som er selvstyretankens kerne, er det egentlig ikke afgørende, om kommunerne modtager deres midler fra staten gennem tilskud eller opkrævning af egne kommunale skatter – når altså blot dispositionsfriheden er den samme." Rønsholdt i *Kommenteret Grundlov 1999* s. 496.

spørgsmål stiller sig meget forskelligt i dag sammenlignet med forholdene i midten af det 19. århundrede. Mens en kommunes beskatning dengang virkelig var et lokalt anliggende, er det i dag – i kraft af de enorme midler det offentlige og især kommunerne råder over – et nationaløkonomisk (og nationalpolitisk) anliggende.

Fortolkningskonteksten har ændret sig fundamentalt, og hvis man alvorligt vil hævde en beskatningsret, må man hurtigt tilføje nogle rammer der let gør beskatningsretten så statskontrolleret at den bliver en fiktion.

Min konklusion er da, at der ikke kan stilles et forfatningsretligt krav om at kommuner skal have en egen og direkte beskatningsret.

Kommunal struktur

Den nuværende dobbelte kommunale struktur med primære kommuner og amtskommuner ændres radikalt med reformen. Kræver § 82 at man opretholder – med et eller andet indhold – to niveauer af kommunalt styre?

Det er klart, at man her er kommet langt væk fra hvad grundloven kan begrunde. Der er ikke i § 82 noget grundlag for at kræve, at der skal bestå to niveauer af kommuner med selvstyre. Hvis lovgivningsmagten kun vil have et niveau, er det efter grundloven et politisk frit valg, og det samme gælder sammenlægning (og opdeling) af kommuner.

At kommunerne skal have selvstyre, indebærer ikke at der i alle de funktioner, som varetages af kommuner, skal foreligge en selvstændighed i forvaltningen. Der kan godt være dele af den kommunale forvaltning, der er helt lovbundet.

Kommunalfuldmagten

Kommunerne varetager en række opgaver der er fastlagte i lovgivningen – og det vil de blive ved med. Kommunerne varetager endvidere en række opgaver, der ikke er hjemlet i lovgivningen, og disse opgaver samles under betegnelsen kommunalfuldmagten. Når man her taler om ”fuldmagt”, er det vel i grunden fordi der ikke er nogen fuldmagt, men man antager eller konstruerer en fuldmagt, et handlegrundlag der er lige så godt som den lov der altså ikke er der. Kommuner tog sig f.eks. af biblioteker før der var en bibliotekslov – i og for sig udmærket, men altså strengt taget en aktivitet der oprindeligt var uden lovhjemmel.

Nu bliver så kommunalfuldmagten, i hvert fald tilsyneladende, ophævet for så vidt angår regionerne. Man kan derfor spørge om kommunalfuldmagten er et element af den selvstændighed som kommunerne har krav på at have?

Nu fremgår det jo udtrykkeligt at det kommunale selvstyre ”ordnes ved lov”. Denne formulering taler jo for at der ikke kan være noget galt ved at loven sætter grænser for kommunerne – når bare der på andre punkter lades en tilstrækkelig selvstændighed tilbage. Bent Christensen nævnedes da også i sin forvaltningsretlige fremstilling, at netop ophævelsen af kommunalfuldmagten er en af de reguleringsmuligheder som lovgivningsmagten råder over.¹⁴

Fortolkningsstil

¹⁴ Bent Christensen, Forvaltningsret, 1997 s. 343

Den opfattelse jeg har redegjort for, bygger på den almindelige og dominerende fortolkning af § 82. Det er jo klart at der kan være andre og der er andre. Lad mig derfor til sidst præcisere lidt om den tilgang til fortolkningen jeg har fulgt. Nogle opfatter måske uenigheder mellem jurister om den rette fortolkning som den rene mystik eller rettere måske som politisk interessevaretagelse. Disse oplevelser er ikke altid forkerte, men de er altså heller ikke altid rigtige.

Jeg har lagt til grund at bestemmelsen må forstås som en nugældende og aktuelt anvendelige bestemmelse. Det er ikke en historisk forståelse. Det er ikke den oprindelige mening som den gjorde sig gældende i 1849 jeg er gået efter, og jeg tillægger derfor oplysninger om forholdene i Frankrig og Tyskland i 1800-tallet begrænset vægt. Historien har betydning allerede fordi bestemmelsens formulering jo stort set har været uforandret i mere end 150 år, men den gamle tekst må læses sådan som reglen forstås med udgangspunkt i aktuel sprogbrug og i en aktuel kontekst.¹⁵

Konklusion

Grundlovens § 82 om kommunalt selvstyre giver ikke på de drøftede punkter om beskatningsret, kommunale niveauer eller kommunalfuldmagt noget grundlag for en retlig kritik af kommunalreformen.

¹⁵ Dette er nærmere beskrevet i Zahle, Dansk Forfatningsret bd 1, 2001 s. 62-81. Synspunktet er fulgt med henblik på § 82 af Rønshollet i Kommenteret Grundlov 1999 s. 494: "... den nærmere bestemmelse af § 82's indhold ... må ske på grundlag af en fortolkningsstil, som rummer plads for den dynamiske samfundsudvikling, der udgør reguleringsområdets virkelighed."

Høring i Folketingets Retsudvalg, tirsdag den 24. maj 2005.

Professor, dr.jur. Jens Peter Christensen

Ved Retsudvalgets interne høring tirsdag den 24. maj 2005 redegjorde jeg for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med kommunalreformen. Min mundtlige redegørelse kan gengives i følgende hovedpunkter:

I. Rejser kommunalreformen problemer i relation til grundlovens § 82?

II. Rejser kommunalreformen grundlovsmæssige problemer i relation til tjenestemændene?

I. Rejser kommunalreformen problemer i relation til grundlovens § 82?

Mit svar er nej. Det mener jeg ikke, at den gør.

Jeg vil først sige nogle ord om fortolkningen af grundlovens § 82 i almindelighed.

Dernæst vil jeg tage stilling til synspunkterne i Gerd Battrups artikel.

1. Fortolkningen af grundlovens § 82 i almindelighed

Grundlovens § 82 siger som bekendt, at "Kommunernes ret til selvstændigt at styre deres anliggender ordnes ved lov". Omtrent samme ordlyd havde bestemmelsen i 1849 (§ 96).

Det er en løfteparagraf. Og formentlig gælder der, som for flere andre løfteparagraffer i grundloven, at når den først er udmøntet i en konkret ordning, kan "tæppet ikke rulles tilbage", sådan at ordningen ophæves fuldstændigt igen. (Samme tankegang som ved f.eks. grl. § 55 om Folketingets Ombudsmand).

1.1. Krav om et vist kommunalt selvstyre

Der er almindelig enighed om, at det kommunale selvstyre skal have et vist materielt indhold. Grundlovens ord giver i sig selv ikke megen vejledning. Formentlig er det tilstrækkeligt til at opfylde grundlovens krav vedrørende kommunalt selvstyre, at Danmark er inddelt i nogle (få) enheder med en folkevalgt ledelse (jf. også grundlovens § 86 der forudsætter valg til "de kommunale råd"), som inden for hvert sit geografiske område administrerer ét eller flere lokale sagområder (f.eks. folkeskolen, socialvæsen, støtte til foreninger eller støtte til kulturelle aktiviteter), og at kommunerne i denne administration har en vis handlefrihed.

Det, grundloven kræver, er, at de kommunale enheder har en vis selvstændig økonomisk dispositionsmulighed - det skal så at sige give mening, at der er en folkevalgt ledelse. Kommunerne kan ikke blot være en art lokal statslig udbetalings- og administrationsenhed, der fungerer efter helt præcise, lovbestemte regler. (Men heri ligger dog næppe et krav om en særlig ulovbestemt kompetence, som den vi kender med "kommunalfuldmagten"). Der skal være plads for en vis kommunal dispositionsfrihed - eller selvstyre, om man vil.

1.2. Ikke krav om selvstændig beskatningsret

Man kan spørge, om de kommunale enheder også skal have en selvstændig beskatningsret. Det er efter min vurdering svært at finde sikkert belæg for, at grundloven kræver noget sådant. De økonomiske ressourcer, der administreres af kommunerne, kan efter min vurdering godt bestå i midler, der er stillet til rådighed af staten.

Det er i den forvaltningsretlige litteratur blevet hævdet (Jørgen Mathiassen i Mathiassen og Garde, Kommunalret, 1991, s. 11, note 2), at det ikke med grundloven har været tanken, at den kommunale virksomhed udelukkende skulle finansieres af statskassen. Jørgen Mathiassen støtter denne opfattelse på, at grundlovsudkastet indeholdt en bestemmelse, der lød: "Hvorledes der skal forholdes med de kommunale Afgifter, der dog aldrig kunne paalægges ene af Kongen, vil blive bestemt ved Communalloven".

Med udtrykket "Afgifter" var der – som min kollega professor, dr.jur. Karsten Revsbech påpeger i en ny bog om kommunalret, som snart udkommer - formentlig tænkt på de særlige afgifter, f.eks. lygteskat og sprøjteskat, som kommunerne kunne opkræve til forskellige opgaver. Der var tale om et omfattende "kassesystem". Grundlovsudkastet siger vel ikke andet, end at der ved lov skulle tages stilling til disse afgifter, ikke at der nødvendigvis fortsat skulle være adgang for kommunen til at opkræve dem. Dette bestyrkes da også af, at forslaget udgik, fordi det blev anset for allerede at være indeholdt i den generelle bestemmelse (nu grundlovens § 82), om at kommunernes forhold generelt ville blive ordnet ved lov.

Efter denne forståelse af grundlovens § 82 er der således intet grundlovsproblem forbundet med kommunalreformen. Heller ikke selv om man betragter de nye regioner som kommuner. Efter kommunalreformen vil der fortsat være kommuner - endda fortsat både en lokal og en regional kommunestruktur - og disse kommuner vil fortsat have en vis (og på visse områder betydelig) frihed til selv at disponere ressourcerne.

2. Om synspunkterne i Gerd Battrups artikel

Jeg forstår Gerd Battrups artikel således, at hun mener, at det er grundlovsstridigt at nedlægge amtskommunerne og overgå til den nye ordning med regioner.

2.1. Grundloven kræver ikke "to lag" kommuner

Det korte - men sådan set fuldt dækkende - svar på dette synspunkt er, at det ikke holder vand, allerede fordi grundloven ikke indeholder noget krav om en amtskommunal struktur. Grundloven kræver blot, at der skal være en kommunal struktur, og det vil fortsat - så at sige nærmest til overflod - være tilfældet på grund af primærkommunerne. Der er ikke i grundloven noget krav om "to lag" kommuner.

Det kan yderligere bemærkes, at der før 1970 langt fra var nogen total "dobbeltdækning" i den kommunale struktur, idet købstæderne ikke var omfattet af amtskommunerne. Dét var alene sognekommunerne. Det kan i øvrigt bemærkes, at amtskommunerne (amtsrådene) før 1970 var en

noget særegen form for kommuner, idet de ikke var omfattet af kommunalfuldmagten (og havde amtmanden som formand)).

2.2. Ingen retssædvane om beskatningsret

Hertil kan føjes - men det er for så vidt unødvendigt - at det forekommer at være frihåndstegning at påstå, at det forhold, at kommunerne (herunder amtskommunerne) gennem en lang årrække ved lov har været tillagt en generel beskatningsret, nu skulle havde dannet en art sædvaneret på grundlovsplan, således at lovgivningsmagten ikke kan ophæve denne beskatningsret (for de nye regioners vedkommende).

Forfatningsjurister bør efter min opfattelse være meget tilbageholdende med at påstå, at praksis, herunder lovgivningspraksis har dannet retsregler på grundlovsplan. Grundloven er med § 88 gjort meget svær at ændre, og det har allerede derfor formodningen imod sig, at politikerne blot gennem praksis eller lovgivning kan gøre sig til grundlovgivere så at sige ad bagvejen.

I nogen tilfælde kan det være juridisk nødvendigt at antage dannelsen af retssædvaner på grundlovsniveau, hvis ikke man som forfatningsjurist skal stå tilbage og påstå, at det, der foregår i virkelighedens verden, og måske er foregået gennem 50 eller 100 år, er forfatningsstridigt. Det gælder f.eks. Finansudvalgets bevillingskompetence (der jo er i direkte modstrid med grundlovens § 46, stk. 2). Og det gælder den ældgamle praksis - kaldet korroborationspraksis - hvorefter kongen (og altså for tiden dronningen) kan underskrive love og andre beslutninger uden for Statsrådet, hvilket er i strid med grundlovens § 17.

Men når det kommer til (lovgivnings)praksis, der blot fortolker - eller som her vedrørende beskatningsretten - udfylder en grundlovsbestemmelse, bliver det - forfatningsretligt - overordentlig betænkeligt at anerkende sædvaneretsdannelser. I hvert fald må der skulle meget stærke argumenter til.

Det er der efter min opfattelse ikke her. Med de gældende beskatningsregler har lovgivningsmagten - inden for rammerne af grundlovens § 82 - gennemført en ordning om (amts)kommunal beskatningsret. Men man har ikke dermed forpligtet sig til ikke senere at

ændre eller - for visse dele af den kommunale struktur at afskaffe - denne beskatningsret igen.

I det hele forekommer det mig at være en underlig tanke, at lovgivningsmagten ved - inden for rammerne af en grundlovsbestemmelse - at gennemføre en ordning (som man ikke er grundlovmæssigt forpligtet til, jf. det jeg har sagt om beskatningsretten) dermed skulle så at sige have fastlåst sig selv på grundlovsplan til ikke at ændre eller ophæve ordningen på et senere tidspunkt.

Det er, efter min opfattelse, frihåndstegning, som forfatningsjurister bør afholde sig fra, og som domstolene næppe heller vil være særlig imponeret af.

Og det bør politikere heller ikke være.

2.3. For megen begrebs-gymnastik

I det hele synes Gerd Battrups artikel og argumentation at være styret af for megen begrebs-gymnastik. Grundsynspunktet er, at når organisatoriske enheder har bestemte "kommunale" træk (eget territorium, egen befolkning, folkevalgt ledelse m.m.), så skal de i det hele leve op til kravene i grundlovens § 82 (jf. s. 38 f. i hendes artikel).

Her tager begreberne så at sige magten. Resultatet er da også det paradoksale, at hvis man lovgivningsmæssigt havde valgt ikke at have direkte valg til regionernes ledelse, regionsrådene, så ville de ikke have været "kommuner", og - hokus-pokus - så ville der ikke have været et grundlovmæssigt problem (jf. side 46 i hendes artikel)

II. Rejser kommunalreformen problemer i relation til tjenestemændene?

1. Problemstillingen

Jeg forstår advokat Bent Unmack Larsens notat således, at det efter hans opfattelse "i sig selv" vil være en forflyttelse, at man i forbindelse med kommunalreformen overfører tjenestemænd fra én ansættelsesmyndighed til en anden. Det kan f.eks. være fra kommune 1 til kommune 2, fra amtskommune 1 til region x, fra stat til kommune, eller fra kommune til stat eller fra stat eller kommune til en af de nye selvejende (statslige) institutioner.

Da forflyttelse udløser krav på pension (for kongeligt udnævnte statstjenestemænd jf. grundlovens § 27, for andre statstjenestemænd jf. tjenestemandenslovens § 12, stk. 1, og for kommunale tjenestemænd jf. de kommunale tjenestemandensvedtægter), og da krav på pension er beskyttet efter grundlovens § 27 (for de kongeligt udnævnte statstjenestemænd) og i øvrigt efter grundlovens § 73 om ekspropriation, er der - efter Unmack Larsens opfattelse - med § 7, stk. 1, i L 67 tale om et grundlovsstridigt lovforslag..

Heroverfor står Justitsministeriets - og lovforslagets - opfattelse, hvorefter det ikke "i sig selv" er en forflyttelse, at der sker overgang til ansættelse hos den nye ansættelsesmyndighed (med et ansættelsesområde der eventuelt er bredere end det hidtidige ansættelsesområde).

2. Næppe "i sig selv" forflyttelse

Spørgsmålet er i sidste ende, hvad domstolene vil sige, og her må man nok hæfte sig ved i hvert fald følgende:

(1) At domstolenes prøvelse af forflyttelsesspørgsmålet i almindelighed er præget af en meget konkret vurdering af, hvilke realitetsændringer i de stillingsmæssige forhold, der er tale om.

Og det vil vel som altovervejende hovedregel være svært at få øje på realitetsændringerne ved den type "stillingsoverførsler", der her er tale om, så længe man blot hæfter sig ved skiftet i ansættelsesmyndighed. Jf. lovforslaget sker "overførslen" på en måde, så ansættelsesvilkårene og den pensionsmæssige indplacering er uforandrede. Og der er - i modsætning til de tilfælde der har voldt lovgivningsmæssige og juridiske problemer ved overgang fra ansættelse i offentlige myndigheder til ansættelse i privatretligt organiserede organer som f.eks. aktieselskaber (i forbindelse med statslige privatiseringer) - tale om (fortsat) ansættelse i en traditionel forvaltningsmyndighed, omfattet af de generelle forvaltningsretlige regler og med samme type stillingsstruktur, ledelsesforhold etc.

Højesteret fandt da heller ikke i U 1972.550 H, at der var tale om forflyttelse i forbindelse med "overførsel" af en tjenestemandsansat kommunesekretær fra Hylletoft Kommune til en stilling som skatteinspektør i en nyoprettet storkommune bestående af Fakse, Hylletoft, Roholte og Vemmetofte kommuner (sammenlagt pr. 1. april 1968).

(2) Den nævnte "overførsel" i U 1972.550 H skete som led i den generelle, lovbestemte, ændring af kommunestrukturen i forbindelse med kommunalreformen. Dette blev da også betonet i landsrettens præmisser, som blev tiltrådt af Højesteret. Dette er også i overensstemmelse med retspraksis i øvrigt vedrørende forflyttelsesspørgsmål. Forflyttelsesreglerne er særligt givet for at værne den enkelte tjenestemand mod indgreb rettet specielt mod ham. Hvis der er tale om en generel omlægning eller omorganisering af arbejdet, må tjenestemanden tåle mere, end ved enkeltstående forflytninger. Samme tankegang kender vi fra ekspropriationsretten. Når mange er i samme båd, må man så at sige finde sig i større bølgegang. Man kan også sige - og det er måske mere retvisende - at det samfundsmæssige behov for at foretage generelle forvaltningsændringer gør, at den enkelte må tåle mere.

(3) For domstolene vil det givetvis også spille en rolle, at der foreligger en vis lovgivningspraksis som fortilfælde, hvor man på lignende måde har bestemt, at "overførsel" til en anden (offentlig) ansættelsesmyndighed ikke "i sig selv" er en forflyttelse.

Justitsministeriet har i notatet af 25. april 2005 nævnt tre tilfælde: De kommunale gymnasiers overgang til amtskommunerne pr. 1. april 1973, Statens, Københavns og Frederiksbergs kommuners tjenestemænds overgang til Hovedstadens Sygehusfællesskab pr. 31. december 1994 samt loven om sammenlægning af de bornholmske kommuner, hvor de kommunalt og amtskommunalt ansatte tjenestemænd overgik til ansættelse under Bornholms Regionskommune pr. 1. januar 2003.

Jeg er på den baggrund tilbøjelig til at dele Justitsministeriets opfattelse om, at det ikke "i sig selv" er en forflyttelse, at der sker overgang til ansættelse hos den nye ansættelsesmyndighed.

3. Måske behov for en mere nuanceret vurdering

Når jeg bruger forbeholdet "tilbøjelig", skyldes det, at der måske er behov for at se mere nuanceret på de forskellige "overførsels-tilfælde", der kan tænkes.

Som Justitsministeriet bemærker, side 5 under pkt. 5.1. i ministeriets notat, er det i den juridiske litteratur antaget, at den pensionsret, som ikke-kongeligt udnævnte statstjenestemænd har erhvervet ifølge tjenestemandsløvgivningens regler om forflyttelse, er beskyttet efter grundlovens § 73 om ekspropriation.

Beskyttelsen antages i litteraturen at bestå i, at den ikke-kongeligt udnævnte statstjenestemand – i tilfælde hvor der med hjemmel i lov sker ændringer i hans tjenstlige forhold, der har karakter af forflyttelse – vil kunne påberåbe sig grundlovens § 73 og hævde, at loven ikke kan berøve ham værdien af den allerede erhvervede ret til pension i tilfælde af forflyttelse. Det antages således, at grundlovens § 73 vil kunne være til hinder for, at en lov indskrænker statstjenestemandens pensionskrav, f.eks. ved nye bestemmelser om forflyttelse, der skærper betingelser for forflyttelse (jf. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., 1965, side 151 og 155 ff.). Det bør nok for klarhedens skyld præciseres, at den nævnte "hindring" ikke vil være absolut – det er jo ikke grundlovsstridigt at ekspropriere. Men "hindringen" vil kunne bevirke, at ekspropriationsbetingelserne i grundlovens § 73 (kravene om "almenvellet", "ifølge lov" og "fuldstændig erstatning") skal opfyldes.

For de kommunale tjenestemænds vedkommende er det derimod i den forvaltningsretlige litteratur blevet anført, at det er tvivlsomt, om de på samme måde er beskyttet mod lovgivningsmagten.

Det er altså muligt, at der her er en retlig forskel på den pensionsmæssige beskyttelse, således at den kommunalt ansatte tjenestemand nyder en ringere beskyttelse end statstjenestemanden mod fremtidige lovgivningsmæssige indgreb. Justitsministeriet tager ikke stilling til problemet, men nævner det blot i forbifarten.

Hvis der er en sådan retlig forskel, vil det kunne være et – måske ikke uvæsentligt – argument i en eventuel retssag for, at i hvert fald visse af de overførsler af personale, der kan blive konsekvensen af kommunalreformen, vil indebære forflyttelse.

Man må her sondre mellem i hvert fald følgende tilfælde:

- a. Overførsel fra kommunal ansættelse til anden kommunal ansættelse (fra primærkommune til primærkommune eller fra amtskommune til primærkommune eller fra primær- eller amtskommune til region). I disse tilfælde vil der ingen ekspropriationsretlig (og dermed potentiel pensionsretlig) forringelse være.
- b. Overførsel fra kommunal ansættelse til stat. I disse tilfælde vil der selvsagt heller ikke være nogen ekspropriationsretlig forringelse, da statstjenestemændene i hvert fald er lige så godt grundlovmæssigt beskyttede som de kommunale tjenestemænd, jf. ovenfor.
- c. Overførsel fra statsansættelse til kommunal ansættelse. Her har vi det mulige problem, jf. den ovenfor nævnte tvivl i den juridiske litteratur. Hvis det antages at være rigtigt, at de kommunale tjenestemænds pensionsret ikke på samme måde som de statsansattes er beskyttet af grundlovens § 73, vil det være et moment, der vil kunne tale for, at en overførsel vil indebære forflyttelse.
Det er i denne forbindelse værd at bemærke, at den lovgivningspraksis, som Justitsministeriet påberåber sig, ikke vedrører denne situation. Den påberåbte lovgivningspraksis vedrører navnlig overførsel fra ét kommunalt regi til et andet kommunalt regi. Det samme gør højesteretsdommen U 1972.550 H. Og hertil kan ydermere føjes, at man

i lovgivningspraksis, da man med L 114, 1984, fremsatte "Forslag til lov om amtskommunernes overtagelse af visse statsskoler og -kursus m.v." (vedtaget som lov nr. 290 af 6. juni 1984) - hvor der netop var tale om at overføre statsansatte tjenestemænd til amtskommunal ansættelse - gjorde det under anvendelse af "tilbuds-modellen", dvs. at de statsansatte fik valget mellem at overgå til amtskommunal ansættelse eller at forblive statsansatte. Modsat altså hvad der var sket med loven om de kommunale gymnasiers overgang til amtskommunerne pr. 1. april 1973, hvor man ikke havde nogen "tilbuds-model".

Der kan altså muligvis være et særligt forflyttelsesproblem for de statsansatte, der overgår til kommunal/regional ansættelse.

Jeg må dog tilføje, at jeg personligt har svært ved at se, at den pensionsmæssige beskyttelse i henhold til grundlovens § 73 skulle være ringere for de kommunale tjenestemænd end for de ikke kongeligt udnævnte statstjenestemænd. Jeg synes heller ikke, at der i den juridiske litteratur er argumenteret for en sådan forskel. Man kunne for så vidt snarere argumentere for det modsatte - at de kommunale tjenestemænds ekspropriationsretlige beskyttelse af pensionen er bedre end statstjenestemændenes - al den stund, at de kommunale tjenestemandsregulativer har et mere aftaleretligt præg end tjenestemandsloven.

2.4. I konkrete tilfælde vil der kunne være forflyttelse

Under alle omstændigheder kan det være, at der i enkelte, konkrete tilfælde vil være tale om forflyttelse. Vurderingen heraf vil bero på de momenter, der efter lovgivnings- og retspraksis traditionelt er blevet lagt vægt på. Det centrale kriterium er, jf. tjenestemandslovens § 12, stk. 1, og de tilsvarende kommunale tjenestemandsvedtægter, at den nye stilling skal være "passende" for tjenestemanden. Der foreligger her en omfattende retspraksis.

I tidernes morgen - før tjenestemandsloven af 1969 - blev der lagt betydelig vægt på, om der skete en stedlig ændring. Det var også navnlig stedlige ændringer, man i 1848-49 havde for øje på Den Grundlovgivende Rigsforsamling.

I dag lægges der - i overensstemmelse med tjenestemandsløven af 1969 - ikke længere samme vægt på det stedlige. Men det indgår som et moment blandt mange andre, hvor man nok navnlig kan fremhæve stillingsbetegnelsen, lønmæssig indplacering, omfanget af ledelsesbeføjelser og arbejdets mere konkrete karakter og indhold. Og igen spiller det en rolle, om stillingsændringen er sket som følge af generelle organisationsændringer. Og som allerede nævnt: Der foretages en meget konkret vurdering, hvor det centrale er realiteten i den skete stillingsændring.

Selve det forhold, at et ansættelsesområde ved overgang til ansættelse ved en anden myndighed ændres og måske udvides, vil efter min vurdering være ét moment blandt flere.

Der er i lovforslaget for så vidt taget højde for, at der i det konkrete tilfælde kan være tale om forflyttelse, idet det i bemærkningerne til lovforslagets § 7, stk. 1, anføres, at der ikke vil være pligt til at overtage en anden stilling, hvis forpligtelsen "måtte være af særlig indgribende karakter over for den enkelte".

Man kan næppe heller komme det nærmere, når man skal sige noget generelt og kortfattet.

2.5. Konklusion

Min konklusion er altså:

(1) At det ikke "i sig selv" vil være en forflyttelse, at der sker "overførsel" fra én kommunal ansættelsesmyndighed til en anden kommunal eller regional ansættelsesmyndighed, eller at der sker "overførsel" fra kommunal ansættelsesmyndighed til statslig.

Men en eventuel forskel på den ekspropriationsretlige beskyttelse af pensionen for henholdsvis ikke-kongeligt udnævnte statstjenestemænd og kommunale tjenestemænd vil være et særligt moment af betydning for vurderingen af, om der foreligger forflyttelse, hvis der sker "overførsel" fra statslig til kommunal/regional ansættelse, uden at den ansatte gives den valgmulighed at opretholde ansættelsesforholdet til staten.

Personligt mener jeg dog ikke, at der er en sådan forskel på den ekspropriationsretlige beskyttelse.

(2) I konkrete tilfælde kan der i øvrigt blive tale om forflyttelse, fordi den nye stilling ikke – i tjenstemandsretlig forstand – er ”passende” for den pågældende. Om dette er tilfældet kan imidlertid kun afgøres helt konkret i hver enkelt situation.

Jens Peter Christensen